

Een woningcorporatie over de grens: het arrest *Sint Servatius*

Mr. E. Oude Elferink*

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (thans: Hof van Justitie van de Europese Unie) heeft op 1 oktober 2009 geantwoord op prejudiciële vragen van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State in een geschil tussen de minister voor Wonen, Wijken en Integratie en Woningstichting Sint Servatius uit Maastricht over een vastgoedproject van Servatius in Luik. De vragen betroffen het vrij verkeer van kapitaal, en in het bijzonder de mogelijkheid voor een lidstaat om ter rechtvaardiging van een beperking daarvan een beroep te doen op artikel 86 lid 2 EG-Verdrag (thans: art.106 lid 2 VWEU). Het arrest van het Hof is interessant, hoewel – of juist omdat – het zich over dat laatste punt niet uitlaat.

HvJ EG 1 oktober 2009 (Eerste kamer), zaak C-567/07, Minister voor Wonen, Wijken en Integratie / Woningstichting Sint Servatius, n.n.g.

Servatius

Woningstichting Sint Servatius (hierna: Servatius) is een woningcorporatie, of, beter gezegd, een ‘toegelaten instelling’ in de zin van artikel 70 lid 1 Woningwet werkzaam in het belang van de volkshuisvesting. Haar statutaire werkgebied bestrijkt Maastricht en enkele omliggende Nederlandse gemeenten. Servatius is als toegelaten instelling onderworpen aan het toezicht van de minister,¹ die onder andere toestemming dient te verlenen voor wijziging van het werkgebied.²

Het mag worden gezegd: Servatius is een woningcorporatie met durf en ambitie.³ Daarvan getuigt niet alleen het letterlijk en figuurlijk grensoverschrijdende project in Luik, maar ook de betrokkenheid bij de realisatie van de nieuwe universitaire campus in Maastricht. Bij dit laatste

project lijkt de corporatie zich overigens te hebben vertild. Het is halverwege gestaakt in verband met het oplopen van de bouwkosten en Servatius zou met een financiële strop van 60 miljoen euro zijn blijven zitten.⁴ Deze omstandigheid zou van betekenis kunnen zijn voor de uitkomst van het geschil tussen de minister en Servatius over het project in Luik.⁵

Project Luik

In 2000 heeft Servatius een plan ontwikkeld voor een vastgoedproject in Luik, op dertig kilometer over de grens met België. De reden zou niet alleen zijn gelegen in een gebrek aan woningen voor starters in Maastricht, maar ook in de sterke belangstelling van Belgen voor de Maastrichtse woningmarkt. Servatius zou de steden Maastricht en Luik zelfs als één Euroregionale woningmarkt beschouwen.

Het project betreft een combinatie van sociale huur- en koopwoningen, parkeerplaatsen en commerciële ruimten, en heeft daarmee een hybride karakter. Ter realisatie van het project heeft Servatius via een houdstermaatschappij twee vennootschappen naar Belgisch recht opgericht. Het gaat om BVBA Servatius Holding Liège en Société Immobilière Servais Liège (hierna: SISL). De financiering van het project vindt plaats door middel van een indirecte lening van Servatius aan SISL, die in verband met gebrek aan eigen vermogen zelf geen zekerheden kan

43

* Mr. E. Oude Elferink is referendaris bij het Gerecht van de Europese Unie. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

1. Artikel 70d Woningwet.

2. Artikelen 7 lid 1 onder a en 9 lid 1 Besluit beheer sociale-huursector.

3. Het artikel ‘Een paar maten te groot voor Maastricht’, *NRC Handelsblad* van 11 november 2009, p. 14, geeft een aardige sfeerimpressie.

4. *Kamerstukken II 2009/10*, 29453, nr. 132. In deze brief van 29 september 2009 maakt de minister melding van het vertrek van de directeur alsmede van de voltallige raad van toezicht van Servatius. Verder kondigt de minister aan op grond van artikel 43 lid 1 BBSH een externe toezichthouder aan te stellen en op grond van artikel 41 lid 1 BBSH de aanwijzing te geven om een plan op te stellen voor de financiering van de campus. Deze aanwijzing is op 19 oktober 2009 gegeven (*Stcrt.* 2009, nr. 15600). In het kader van het opstellen van het plan is door Servatius vastgesteld dat terugtrekking uit het project noodzakelijk was (<www.servatius.nl>).

5. In de brief van de minister van 29 september 2009 (zie noot 5) is vermeld dat Servatius, gezien de problemen rondom de universitaire campus, te kennen heeft gegeven ‘het conflict [ten aanzien van het project in Luik] te willen beëindigen door het bezit in Luik af te stoten zodra de markt-omstandigheden dat toelaten’.

verstrekken. Servatius hanteert daarbij een renteopslag van 1,5% in verband met de gunstige condities waaronder zij zelf, gezien haar hoedanigheid van toegelaten instelling, de financiering in Nederland verkrijgt. De grond voor het project is door Servatius aangekocht en in 2005 doorgeleverd aan SISL.⁶ Het project is opgeschort in verband met het geschil met de minister.

Van belang is dat het project in Luik enerzijds een schoolvoorbeeld vormt van vermenging van sociale en commerciële activiteiten door toegelaten instellingen in Nederland en zich anderzijds onderscheidt van de reguliere activiteiten van deze instellingen door het grensoverschrijdende karakter.

Nederlandse rechter

Zoals gezegd, het werkgebied van Servatius is in haar statuten geografisch afgebakend. Dat vormt een belemmering voor de realisatie van het project in Luik. Servatius heeft daarom twee maatregelen genomen.⁷ In de eerste plaats heeft de instelling de minister in 2002 om goedkeuring gevraagd voor uitbreiding van haar werkgebied buiten de landsgrenzen. Dit verzoek is evenwel ingetrokken na een negatief advies van het Centraal Fonds Volkshuisvesting. In de tweede plaats heeft Servatius een beroep gedaan op de zogenoemde ‘experimenteerregeling’ van artikel 120a lid 1 Woningwet en artikel 49 lid 1 Besluit beheer sociale-huursector (hierna: BBSH). Volgens deze bepalingen kan de minister ten behoeve van experimenten die naar zijn oordeel het belang van de volkshuisvesting dienen tijdelijk afwijken van hetgeen in het BBSH is bepaald. Feit is echter dat de minister bij besluit van 5 december 2002 heeft geweigerd de experimenteerstatus toe te kennen voor de activiteiten in Luik. Het bezwaar van de kant van Servatius is op 29 december 2003 ongegrond verklaard.

De Rechtbank Maastricht heeft het besluit op bezwaar van de minister op 19 mei 2006 vernietigd en hem opgedragen een nieuw besluit te nemen.⁸ De grond: schending van het motiveringsbeginsel. De minister had moeten toelichten waarom met de in het bestreden besluit besloten beperking van artikel 56 EG-Verdrag (thans: art. 63 VWEU)

6. Het gegeven dat de koop en levering van de grond al heeft plaatsgevonden speelt in de onderhavige zaak geen enkele rol. Dat is opvallend gezien het standpunt van de minister dat zonder voorafgaande goedkeuring in beginsel geen enkele activiteit in het buitenland mag worden ontplooid. Het is ook niet onmiddellijk duidelijk hoe het kopen van grond zich in dit verband onderscheidt van het ontwikkelen van een vastgoedproject zelf.
7. Servatius heeft in de derde plaats een beroep is gedaan op het beleid neergelegd in Buitenlandcirculaire MG-2001-04 (*Stcrt.* 2001, nr. 29). Deze circulaire staat toegelaten instellingen toe kortstondige of eenmalige hulp te bieden bij herstel van huisvesting in noodgevallen of rampgebieden en incidentele ondersteuning van goede doelen in het buitenland. Deze circulaire leent zich in casu echter niet voor toepassing en blijft in deze bespreking buiten beschouwing.
8. Rechtbank Maastricht 19 mei 2006, Woningstichting Servatius tegen de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer – directoraat-generaal Wonen-directie IBS, LJN AX 3105. Zie ook: J.H. Jans en H. van Harten, ‘O Servatius, beschermers van Maastricht, bewaar dit gewest het heil door u gesticht’, *AAe* september 2006, p. 655-663.

aan de bij toepassing van artikel 58 EG-Verdrag (thans: art. 65 VWEU) geldende eisen van noodzakelijkheid en proportionaliteit was voldaan. Zonder deze toelichting kwam het besluit neer op een onvoorwaardelijk verbod om in het buitenland te investeren.

De minister heeft op 29 juni 2006 tegen de uitspraak van de rechtbank hoger beroep ingesteld bij de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: Afdeling). Op 2 februari 2007 heeft de minister een nieuw besluit op bezwaar genomen, dat daarop ook voorwerp van het geding in hoger beroep is geworden. In de verwijzingsuitspraak van 19 december 2007⁹ heeft de Afdeling vastgesteld dat, voor zover het Nederlandse recht het toetsingskader vormde, de goedkeuring op basis van de experimenteerregeling terecht door de minister was geweigerd. Omdat Servatius niet aannemelijk had gemaakt dat het project in Luik het belang van de huisvesting in Nederland diende, zou toestemming voor dit project niet verenigbaar zijn geweest met artikel 70 lid 1 Woningwet. Op basis van artikel 234 EG-Verdrag (thans: art. 267 VWEU) heeft de Afdeling evenwel aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof) zeven prejudiciële vragen voorgelegd om zich met diens steun definitief te kunnen uitspreken over de verenigbaarheid van de maatregel met het Europese recht. De zeven prejudiciële vragen zijn in voorkomend geval gesplitst in twee of meer subvragen.

Hof

Vooropgesteld moet worden dat de prejudiciële beslissing van het Hof niet lang op zich heeft laten wachten. Stukken ontvangen op 31 december 2007 en arrest ondertekend op 9 oktober 2009, terwijl het Nederlands de procestaal was. Het toont nog maar eens dat het Hof de zaak op orde heeft en in het bijzonder de nationale rechter momenteel slagvaardig bedient. Ter nuancering moet echter worden opgemerkt dat het Hof heeft besloten om de zaak af te doen zonder conclusie van de advocaat-generaal en om negen van de vijftien geformuleerde subvragen niet inhoudelijk te beantwoorden. Het is de vraag of die – zonder twijfel met elkaar samenhangende – beslissingen terecht zijn genomen.

Prejudiciële vragen 1 tot en met 3: reguliere toets vrij verkeer

Arrest

Het Hof meent dat de eerste drie vragen, dat wil zeggen de vragen 1, 2a, 2b, 2c, 3a en 3b, gezamenlijk moeten worden onderzocht. Het parafraseert als volgt:

9. ABRvS 19 december 2007, de minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer, thans de minister voor Wonen, Wijken en Integratie t. de stichting Woningstichting Servatius, AB 2008, 48, m.nt. E. Steyger. Voor een uitvoerige bespreking zie B. Hessel, ‘Vijftien prejudiciële vragen in de zaak Sint Servatius’, *BR* 2008/17, p. 83.

‘Met zijn eerste drie vragen [...] wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het feit dat een lidstaat eist dat een instelling, zoals Servatius, die toegelaten is in de zin van artikel 70, lid 1, van de Woningwet en als instelling werkzaam op het gebied van volkshuisvesting, een voorafgaande toestemming verkrijgt om te kunnen investeren in bouwprojecten in een andere lidstaat, een beperking van het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 56 EG-Verdrag vormt. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, wenst de rechter te vernemen of dit soort beperking kan worden gerechtvaardigd door redenen die verband houden met het belang van het volkshuisvestingsbeleid in de betrokken lidstaat en met de financiering van dit beleid, op grond van een door artikel 58 EG-Verdrag uitdrukkelijk toegelaten afwijking of van een door de rechtspraak van het Hof erkende dwingende reden van algemeen belang, en bovendien of deze beperking een noodzakelijke en evenredige maatregel is ter realisatie van het nagestreefde doel.’

In het kader van zijn beoordeling van deze vragen constateert het Hof allereerst dat de verplichting voor toegelaten instellingen om de voorafgaande toestemming van de minister te krijgen voor investeringen in onroerend goed in andere lidstaten een beperking vormt van het vrije verkeer van kapitaal in de zin van artikel 56 lid 1 EG-Verdrag.¹⁰ Voorts stelt het Hof vast dat Nederland niet een rechtvaardigingsgrond in de zin van artikel 58 EG-Verdrag kan invoeren omdat de openbare orde niet in het geding is.¹¹ Daarvoor volstaat volgens het Hof namelijk niet dat de voorgelegde regeling enerzijds beoogt te waarborgen dat toegelaten instellingen investeren in projecten in het belang van de volkshuisvesting in Nederland en anderzijds tracht te voorkomen dat de faciliteiten waarover de instellingen beschikken voor andere economische activiteiten worden aangewend, en aldus de effectiviteit en de financiering van het volkshuisvestingsbeleid in gevaar brengen. Wat betreft dwingende redenen van algemeen belang herinnert het Hof eraan dat nationale regelingen het vrije verkeer van kapitaal kunnen beperken ter realisatie van doelstellingen zoals de bestrijding van speculatie op de grondmarkt of de handhaving van een permanente bewoning van het platteland. Mutatis mutandis moet worden aangenomen, aldus het Hof, dat de vereisten in verband met het volkshuisvestingsbeleid van een lidstaat en van de financiering van dit beleid redenen van algemeen belang kunnen vormen die een beperking van het vrije verkeer rechtvaardigen. Dat geldt volgens het Hof ook voor een ernstige aantasting van het financiële evenwicht van een sociaal beleid.

Daarop oordeelt het Hof of de Nederlandse regeling van voorafgaande goedkeuring noodzakelijk en geschikt is

voor het bereiken van de genoemde doelstellingen van de voorgelegde regeling. Het Hof stelt zich te kunnen voorstellen dat niet hetzelfde resultaat kan worden bereikt met minder vergaande maatregelen, zoals een passend aangiftesysteem.¹² De voorafgaande controle garandeert dat de middelen van de toegelaten instellingen worden gebruikt om bij voorrang aan de woningnood in Nederland van bepaalde bevolkingsgroepen tegemoet te komen, terwijl bij een regeling van controle achteraf het gevaar bestaat dat te laat wordt ingegrepen. Het Hof voegt evenwel toe dat een regeling van voorafgaande toestemming geen rechtvaardiging kan vormen voor een discretionair optreden dat communautaire voorschriften van hun nuttig effect berooft. Dit brengt mee dat een regeling moet zijn gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend zijn en vooraf kenbaar zijn gemaakt.¹³ Het Hof overweegt dat niet valt uit te sluiten dat de bepalingen van de Woningwet en het BBSH niet ten volle aan deze vereisten voldoen. Daarbij neemt het Hof in aanmerking dat de voorafgaande toestemming afhankelijk is van één enkele voorwaarde, te weten dat het geplande project in het belang is van de volkshuisvesting in Nederland, zoals artikel 49 BBSH vereist.¹⁴ Of dat het geval is, wordt volgens het Hof bovendien per geval gecontroleerd zonder dat wordt gerefereerd aan een bestuursrechtelijke tekst of enig ander specifiek en objectief criterium die de betrokken instellingen, en rechterlijke instanties, informeren over de voorwaarden waaraan voor toestemming moet worden voldaan.

Het Hof concludeert dat artikel 56 EG-Verdrag zich verzet tegen een nationale regeling die voor de uitoefening van grensoverschrijdende activiteiten van toegelaten instellingen voorafgaande toestemming vereist voor zover een dergelijke regeling niet is gebaseerd op objectieve criteria, die niet-discriminerend en vooraf kenbaar zijn.

Analyse

De beoordeling door het Hof ligt in de lijn der verwachting. De conclusie dat de Nederlandse experimenteerregeling een beperking vormt van het kapitaalverkeer in de zin van artikel 56 EG-Verdrag, is niet verrassend. Evenmin verrassend is dat het beroep van de Nederlandse regering op artikel 58 EG-Verdrag strandt.¹⁵ Niet opzienbarend, maar zeker de verwijzing naar Luxemburg rechtvaardigend, is voorts de beslissing van het Hof dat Nederland het belang van sociale volkshuisvesting kan aanmerken als een dwingend belang dat de toepassing van de *rule*

10. HvJ EG 25 januari 2007, zaak C-370/05, *Festersen*, Jur. 2007, p. I-1129, punten 22-24, HvJ EG 5 maart 2002, gevoegde zaken C-515/99, C-519/99-C-524/99 en C-526/99-C-540/99, *Reisch e.a.*, Jur. 2002, p. I-2157, punten 29 en 32 en HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-302/97, *Konle e.a.*, Jur. 1999, p. I-3099, punt 39.

11. HvJ EG 14 maart 2000, zaak C-54/99, *Eglise de scientology*, Jur. 2000, p. I-1335, punt 17.

12. HvJ EG 14 december 1995, gevoegde zaken C-163/94, C-165/94 en C-250/94, *Sanz de Lera e.a.* Jur. 1995, p. I-4821, punten 23-28.

13. HvJ EG 10 maart 2009, zaak C-169/07, *Hartlauer*, n.n.g.

14. Dit laatste is strikt genomen niet juist. Artikel 49 lid 1 BBSH verwijst uitsluitend naar het belang van de volkshuisvesting. Uit de verwijzingsuitspraak van de Afdeling, punten 2.9 en 2.10, zou evenwel kunnen worden afgeleid dat daaronder het belang van huisvesting van Nederland moet worden verstaan.

15. De Rechtbank Maastricht heeft haar beslissing wel op artikel 58 EG-Verdrag gebaseerd. Zie de interessante bespreking van deze uitspraak van J.H. Jans en H. van Harten (zie noot 12) die een aantal argumenten noemen op grond waarvan de rechtbank kan hebben vastgesteld dat toepassing van artikel 58 EG-Verdrag valt te verkiezen boven toepassing van de *rule of reason*.

of reason rechtvaardigt in relatie tot artikel 56 EG-Verdrag.

Daarentegen was niet op voorhand gegeven de beslissing van het Hof dat de instandhouding van een volkshuisvestingsbeleid een systeem van voorafgaande goedkeuring kan rechtvaardigen. Hier zit duidelijk de winst voor Nederland,¹⁶ zij het dat het Hof tegelijkertijd aangeeft dat de experimenteerregeling in haar huidige vorm niet door de beugel kan.

De kritiek van het Hof op de experimenteerregeling komt overigens in het arrest niet goed uit de verf. De voornaamste reden daarvoor is gelegen in het feit dat een duidelijk verband ontbreekt tussen het juridische kader dat volgens het Hof van toepassing is en de feitelijke beoordeling van de Nederlandse regeling aan de hand van dat kader. Enerzijds herhaalt het Hof dat in het kader van de regeling van voorafgaande goedkeuring objectieve, non-discriminatoire en vooraf kenbaar gemaakte criteria dienen te worden toegepast. Anderzijds wordt opgemerkt dat de voorafgaande toestemming in het onderhavige geval van één enkele voorwaarde afhankelijk is en dat de controle of aan die ene voorwaarde is voldaan per geval wordt uitgeoefend zonder verwijzing naar bestuursrechtelijke tekst of enig ander objectief criterium. Daarbij wordt een onderscheid tussen de drie genoemde criteria echter niet gemaakt, hetgeen in de weg staat aan een makkelijke kwalificatie van de huidige regeling als onvoldoende objectief, discriminatoir of niet kenbaar.

Niettemin lijkt uit het arrest te mogen worden afgeleid dat de experimenteerregeling niet voldoet aan de eisen van objectiviteit, en dat het tevens schort op het punt van kenbaarheid. De huidige en enige voorwaarde is te algemeen, ofwel niet of onvoldoende uitgewerkt in objectieve criteria, en iedere transparantie ten aanzien van de toepassing van de experimenteerregeling ontbreekt, zo lijkt het Hof te hebben willen zeggen. Minder duidelijk is evenwel of het Hof de voorgelegde regeling ook als discriminatoir aanmerkt. De tekst van het arrest biedt daarvoor niet onmiddellijk een aanwijzing. Een verband tussen de feitelijke beoordeling en de voorwaarde van non-discriminatie kan niet eenvoudig worden gelegd. Bovendien mag worden verondersteld dat de betreffende voorwaarde in beginsel ziet op het (niet) maken van onderscheid tussen verschillende adressaten van de regeling. Dit aspect van de experimenteerregeling, zo gezegd de personele werkingssfeer, lijkt in de procedure voor het Hof niet aan bod te zijn gekomen. Het zou vreemd zijn als het Hof hierover, tussen neus en lippen door, een conclusie heeft willen trekken.

Ten slotte een opmerking die eerder de algehele beoordeling door het Hof van de prejudiciële vragen 1 tot en met 3 betreft. Uit het arrest, en in het bijzonder uit de weergave van de doelstellingen van de experimenteerregeling, lijkt te mogen worden afgeleid dat het Hof de regeling heeft beoordeeld in het volle bewustzijn dat Ser-

vatius zowel sociale als commerciële activiteiten in Luik beoogt te ontplooien. Het belang van Nederland om te voorkomen dat de middelen bedoeld voor sociale activiteiten in feite voor commerciële activiteiten worden gebruikt, is meegewogen bij de beoordeling van de beperking van het kapitaalverkeer en heeft bijgedragen aan de vaststelling dat deze beperking gerechtvaardigd is. Daaraan heeft niet in de weg gestaan de omstandigheid dat, zoals hierna nog zal worden uiteengezet, toegelaten instellingen in Nederland niet verplicht zijn de sociale en commerciële activiteiten administratief of juridisch te scheiden en dat kruissubsidiëring in een nationale context ook mogelijk is. Kruissubsidiëring die, net als in een grensoverschrijdende situatie, ook gevaren voor de financiering van het Nederlandse volkshuisvestingsbeleid met zich kan meebrengen.

Een andere benadering was denkbaar geweest. Bij de beoordeling van de rechtvaardiging van de regeling van voorafgaande goedkeuring had het Hof onderscheid kunnen maken tussen toepassing ten aanzien van sociale activiteiten van een toegelaten instelling, die mogelijk als dienst van algemeen economisch belang kunnen worden aangemerkt, en toepassing ten aanzien van commerciële activiteiten. Daarbij had de veronderstelling kunnen gelden dat het in beginsel aan een lidstaat is om te waarborgen dat een toegelaten instelling haar sociale en commerciële activiteiten juridisch scheidt, en dat in geval van een deugdelijke scheiding een louter commerciële activiteit in het buitenland geen reëel gevaar kan vormen voor het volkshuisvestingsbeleid in Nederland, en in het bijzonder niet van de financiering daarvan. De uit de experimenteerregeling voortvloeiende belemmering van het vrij verkeer van kapitaal zou in dat geval geheel of gedeeltelijk als niet gerechtvaardigd kunnen zijn aangemerkt.

Prejudiciële vragen 4 tot en met 6: betekenis artikel 86 lid 2 EG-Verdrag

Arrest

Het Hof bundelt voorts de vierde tot en met de zesde vraag, of, om precies te zijn, de vragen 4a, 4b, 4c, 5a, 5b, 6a en 6b. Deze worden als volgt geherformuleerd:

‘Met zijn vierde tot en met zijn zesde vraag (...) wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of een lidstaat zich op artikel 86, lid 2, EG-Verdrag kan beroepen ter rechtvaardiging van een beperking van het vrije verkeer van kapitaal die wordt opgelegd aan ondernemingen die belast zijn met het beheer van diensten van algemeen economisch belang en waaraan bijzondere rechten zijn verleend. Deze problematiek stelt de verwijzende rechter voor de vraag of ondernemingen zoals Servatius, die ook commerciële activiteiten op het gebied van de volkshuisvesting uitoefenen, voor alle of een deel van hun taken kunnen worden beschouwd als ondernemingen belast met het beheer van diensten van

16. Kamervragen (Aanhangsel) II, 2009/10, nr. 521. De antwoorden op de Kamervragen bevestigen dat ook de minister de overwegingen van het Hof met betrekking tot het systeem van voorafgaande goedkeuring als een winstpunt aanmerkt.

algemeen economisch belang in de zin van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag, en of daartoe is vereist dat de betrokken onderneming een gescheiden boekhouding voert aan de hand waarvan een onderscheid kan worden gemaakt tussen de kosten en opbrengsten die verband houden met de sociale activiteiten, en die welke verband houden met de commerciële activiteiten. Bovendien vraagt de verwijzende rechter zich af wat de omvang is van de beoordelingsvrijheid waarover de lidstaten beschikken om te bepalen wat het bereik is van het algemeen economisch belang in de zin van deze bepaling en op welke wijze dat belang wordt gewaarborgd.'

In het kader van zijn preliminaire opmerkingen herinnert het Hof eraan dat het uitsluitend de taak van de nationale rechter is om het voorwerp te bepalen van de prejudiciële vragen die hij stelt. In uitzonderlijke omstandigheden is het echter aan het Hof de omstandigheden te onderzoeken waaronder de nationale rechter zich tot het Hof heeft gewend. Dit is met name het geval wanneer het voorgelegde vraagstuk louter hypothetisch is of wanneer de uitlegging van een voorschrift waarom een rechter heeft verzocht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding.¹⁷ Het Hof stelt vast dat artikel 86 EG-Verdrag in casu niet het voorwerp is van de regeling van voorafgaande toestemming die in het hoofdgeding aan de orde is. Op vraag 4 tot en met 6 behoeft, aldus het Hof, dan ook niet te worden geantwoord.

Analyse

Deze beslissing van het Hof, die gezien de aangehaalde rechtspraak neerkomt op een niet-ontvankelijkheidsverklaring, is op zijn minst opvallend te noemen. Mede gezien het antwoord van het Hof op de eerste drie prejudiciële vragen, is niet onaannemelijk dat de Afdeling zich in het hoofdgeding zal moeten uitlaten over de verhouding tussen artikel 56 EG-Verdrag en artikel 86 lid 2 EG-Verdrag, en in voorkomend geval over verschillende daarmee samenhangende vraagstukken. Bovendien zal de uitleg die de Afdeling in dit kader aan de betreffende verdragsbepalingen geeft in beginsel doorslaggevend zijn voor de uitkomst van de zaak. Daar komt bij dat er enerzijds juridische aanknopingspunten bestaan voor de toepassing van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag in de context van het vrije verkeer, niet in de laatste plaats de tekst van de verdragsbepaling zelf, terwijl de rechtspraak anderzijds onvoldoende houvast biedt voor de nationale rechter om op dit punt zelf een beslissing te nemen. Deze omstandigheden staan in de weg aan de kwalificatie van de vragen 4 tot en met 6 als 'kennelijk niet-pertinent', en daarmee aan niet-ontvankelijkheid.

Deze vaststelling doet de vraag rijzen door welke motieven het Hof zich hier heeft laten leiden.

Een eerste gedachte die opkomt, is dat de Afdeling de niet-ontvankelijkheid als het ware heeft uitgelokt door te veel vragen te stellen en deze onvoldoende helder te formuleren.¹⁸ Hoewel het Hof in beginsel niet van slag raakt van

vijftien prejudiciële vragen, laat staan van zeven vragen over artikel 86 lid 2 EG-Verdrag, kan uit de parafrasering van de vragen worden afgeleid dat het Hof zich had kunnen voorstellen dat de Afdeling de vragen beknopter had geformuleerd. In dit verband moet worden erkend dat de Afdeling tamelijk ver is gegaan in het 'uit elkaar trekken' van vragen. De noodzaak voor het opsplitsen in subvragen is niet in alle gevallen evident, bijvoorbeeld waar het vraag 4b en 4c betreft. Herformulering van prejudiciële vragen is echter één ding, de betreffende vragen aanmerken als niet-ontvankelijk is iets anders. Niet aannemelijk is dat de verwijzingsuitspraak voor dat laatste een aanleiding heeft gevormd. De Afdeling heeft namelijk zonder meer aan de eis van begrijpelijkheid voldaan. De structuur van de verwijzingsuitspraak was helder, wat er ook zij van het aantal subvragen dat is afgebakend. De vierde vraag betrof het theoretische punt of toepassing van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag mogelijk is in relatie tot artikel 56 EG-Verdrag, terwijl de vijfde en zesde vraag zagen op de eventuele concrete toepassing van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag op het onderhavige geval. Daarnaast waren de vragen over het algemeen zorgvuldig toegelicht. Niet alleen heeft de Afdeling voor iedere vraag het volgens haar relevante juridisch kader geschetst, maar in de meeste gevallen is ook aangegeven welk belang de vraag had voor de beslechting van het concrete geschil.

Een andere gedachte is dat de reden voor niet-ontvankelijkheid zou kunnen zijn gelegen in een natuurlijke neiging van de met de zaak belaste kamer om de beantwoording van complexe vragen te mijden.¹⁹ Dat lijkt echter evenmin aannemelijk. Bedacht moet worden dat ook de advocaat-generaal, gezien het ontbreken van een conclusie van zijn hand, inhoudelijke behandeling van de vragen over artikel 86 lid 2 EG-Verdrag waarschijnlijk niet opportuun heeft geacht.

Nu deze twee verklaringen niet onmiddellijk opgaan, zou het antwoord op de vragen 4 tot en met 6 aldus kunnen worden geïnterpreteerd dat het Hof, zich vanzelfsprekend bewust van het belang van de betreffende vragen, heeft overwogen dat de onderhavige zaak zich niet leende voor een uitspraak over de betekenis van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag in relatie tot de fundamentele vrijheden. En in het bijzonder niet voor een beslissing over de invulling die in deze context aan artikel 86 lid 2 EG-Verdrag moet worden gegeven.

Een aanwijzing voor de juistheid van deze interpretatie is dat het Hof, in het geval dat inhoudelijke behandeling van de vragen 4 tot en met 6 had plaatsgevonden, naar alle waarschijnlijkheid een bevestigend antwoord had gegeven op de meest fundamentele subvraag, namelijk 4a. Het betrof de vraag of toepassing van artikel 86 lid 2 EG-Ver-

17. HvJ EG 15 december 1995, zaak C-415/93, *Bosman*, *Jur.* 1995, p. I-4921, punt 61.

18. *NJ* 2009, 248, m.nt. Mok.

19. Dit verwijt aan het adres van de Eerste kamer van het Hof, in de samenstelling die zich over de onderhavige zaak heeft gebogen, is geuit op de blog 'Adjudicating Europe, judicial developments in European law' (<www.adjudicatingeurope.eu>). In het artikel met de titel 'All hail the President! (if anybody cares)' van 3 oktober 2009 van de auteur met het pseudoniem *Pescatorius* luidt het: 'Coherence is another issue: five Judge chamber case-law has been more and more contradictory. Whilst the First and Fourth Chamber have a striking record of "chicken-on-the-run" judgments, the Second and Third Chamber have been much more willing to solve complex issues in a (very welcome) straightforward approach.'

drag ter rechtvaardiging van een schending van het kapitaalverkeer bedoeld in artikel 56 EG-Verdrag kan worden ingeroepen. In dit verband kan worden verwezen naar eerdere rechtspraak van het Hof. Gaat het om het goederenverkeer, dan bieden de zaken *Elektriciteit*²⁰ en *Hanner*²¹ voorbeelden van toepassing van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag in de context van het vrij verkeer. Voor zover het betreft het dienstenverkeer, is naar de zaak *Corsica Ferries*²² te verwijzen. Belangrijker is echter het arrest in de zaak *Commissie/Spanje*.²³ Daarin heeft het Hof de deur naar toepassing van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag in verhouding tot artikel 56 EG-Verdrag nadrukkelijk op een kier heeft gezet. In deze zaak ging het om de verenigbaarheid met het de verdragsbepalingen van een publiekrechtelijke regeling voor vervreemding van openbare participaties in de ondernemingen actief in de aardolie-, telecommunicatie-, bank-, tabaks- en elektriciteitssector. Onder bepaalde omstandigheden gold daarvoor het vereiste van voorafgaande goedkeuring door de overheid. Ter rechtvaardiging beriep Spanje zich naast of in samenhang met een beroep op de *rule of reason* op artikel 86 lid 2 EG-Verdrag. Het Hof overwoog dat artikel 86 lid 2 juncto lid 1 EG-Verdrag het belang van de lidstaten om bepaalde ondernemingen, met name in de openbare sector, te benutten als instrument van economisch of sociaal beleid weliswaar beoogt te verzoenen met het belang van de Gemeenschap (thans: Europese Unie) bij de naleving van de mededingingsregels en het behoud van de eenheid van de gemeenschappelijke markt, maar dat de lidstaat uitvoerig moet uiteenzetten waarom bij afschaffing van de bestreden maatregelen de vervulling, onder economische omstandigheden, van de door hem aan een onderneming toevertrouwde taken van algemeen economisch belang, in zijn ogen in gevaar zouden komen. Daarop heeft het Hof vastgesteld dat de Spaanse regering niet had uitgelegd waarom dat het geval zou zijn. Het argument ontleend aan artikel 86 lid 2 EG-Verdrag is bijgevolg afgewezen. Had het Hof in het midden willen laten of voor toepassing van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag plaats is in geval van een beperking van artikel 56 EG-Verdrag, dan had het zich zonder enige twijfel bediend van een andere formulering.²⁴ Die aanname is te meer gerechtvaardigd nu het betreffende arrest is gewezen door de Grote Kamer van het Hof.²⁵

Toepasselijkheid van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag zou voor het Hof de verplichting met zich hebben gebracht om de

meer concrete vervolgvragen te behandelen, met als meest prangende punt hoe het algemeen economisch belang in de zin van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag zich verhoudt tot de dwingende eisen van algemeen belang. Nu is het voorstelbaar dat het Hof de ene zaak geschikter vindt voor het formuleren van nieuwe rechtspraak dan de andere. Niet valt uit te sluiten dat de onderhavige casus als onvoldoende *clear cut* is beschouwd. In de eerste plaats betreft het een bepaald niet klassiek geval omdat Nederland zich op artikel 86 lid 2 EG-Verdrag beroept ten koste van – en niet ten gunste van – de onderneming die is belast met een dienst van algemeen economisch belang. De hierboven genoemde rechtspraak op het gebied van verkeer van goederen en diensten zag in ieder geval op omgekeerde, ‘reguliere’ situaties. In de tweede plaats bestaat onduidelijkheid over de vraag in hoeverre een toegelaten instelling als Servatius is belast met een dienst van algemeen economisch belang. Onderwerp van de subvragen 5a en 5b was namelijk of een instelling als Servatius met een sociaal en commercieel karakter voor alle of een gedeelte van haar taken als belast met een taak van algemeen economisch belang kan worden aangemerkt, en in hoeverre daarbij een rol speelt of een gescheiden boekhouding wordt gevoerd. Dit kan door het Hof als een last zijn ervaren. Dat uitleg over de toepassing van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag in relatie tot de vrij verkeerbepalingen moet worden gegeven in een zaak betreffende een onderneming met een hybride karakter ligt voor de hand, maar dan is het wel praktisch als de dienst van algemeen economisch belang zorgvuldig is gedefinieerd en de onderneming conform de Transparantierichtlijn²⁶ is ingericht. Zo zou het Hof in elk geval hebben kunnen gedacht. In de derde plaats, en dat hangt met het tweede punt samen, zou aan de zijde van het Hof onduidelijkheid kunnen hebben bestaan over de vraag in hoeverre het project in Luik als sociaal dan wel commercieel moet worden aangemerkt.

Wat er van deze omstandigheden ook zij, feit is dat het Hof de complexe vragen omtrent de toepassing van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag niet heeft beantwoord. Daarmee heeft het de Afdeling met een probleem opgezadeld, of, afhankelijk van het perspectief, een kans voor haar gecreëerd.²⁷

Prejudiciële vraag 7: voorkomen staatssteun

Arrest

Het Hof parafraseert vraag 7, onderverdeeld in subvragen 7a en 7b, als volgt.

20. HvJ EG 23 oktober 1997, zaak C-157/94, *Commissie/Nederland*, Jur. 1997, p. I-5699, punt 32, HvJ EG 23 oktober 1997, zaak C-158/94, *Commissie/Italië*, Jur. 1997, p. I-5789, punt 43 en HvJ EG 23 oktober 1997, zaak C-159/94, *Commissie/Frankrijk*, Jur. 1997, p. I-5815, punt 49.

21. HvJ EG 31 mei 2005, zaak C-438/02, *Hanner*, Jur. 2005, p. I-4551, punten 47 en 48.

22. HvJ EG 18 juni 1998, zaak C-266/96, *Corsica Ferries*, Jur. 1998, p. I-3949, punten 59 en 60.

23. HvJ EG 13 mei 2003, zaak C-463/00, *Commissie/Spanje*, Jur. 2003, p. I-4581, punten 82 en 83.

24. B.J. Drijber, ‘Gouden aandelen verder in de min’, *NTER* 2003, p. 185 constateert ook dat het arrest een element van kruisbestuiving bevat.

25. Saillant detail is dat de rapporteur in de zaak *Spanje/Commissie*, rechter Jann, ook betrokken was bij de onderhavige zaak, en wel in hoedanigheid van president van de Eerste Kamer.

26. Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen de lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, Pb. EG 2006, L 318/17.

27. K.J.M. Mortelmans, ‘Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition’, *CMLRev.* 38 (2001), p. 613-649, par. 6.2.3.

‘Met deze vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het noodzakelijk is, ingeval een lidstaat financiële middelen ter beschikking stelt van ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, de activiteiten van deze ondernemingen territoriaal te begrenzen om te voorkomen dat deze middelen met artikel 87 EG-Verdrag strijdige ongeoorloofde staatssteun zouden vormen. Bovendien vraagt de verwijzende rechter of het feit dat een lidstaat waarin geen wettelijke verplichting bestaat om een scheiding aan te brengen tussen de commerciële en sociale activiteiten eist dat de toegelaten instellingen die hun activiteiten in een andere lidstaat willen uitoefenen een voorafgaande toestemming verkrijgen een noodzakelijke en evenredige maatregel vormt ter naleving van artikel 87 EG-Verdrag en artikel 88 EG-Verdrag.’

In het kader van zijn preliminaire observaties, herhaalt het Hof dat het vermoeden van relevantie van prejudiciële vragen alleen in uitzonderingsgevallen kan worden opgeheven. Tegelijkertijd moet de nationale rechter een omschrijving geven van het feitelijke en het rechtskader waarin de gestelde vragen moeten worden geplaatst, of althans de feitelijke veronderstellingen inzetten waarop die vragen zijn gebaseerd.²⁸ De nationale rechter dient voorts de precieze redenen te vermelden waarom hij twijfelt over de uitlegging van het gemeenschapsrecht en het stellen van prejudiciële vragen noodzakelijk acht. In deze context is het onontbeerlijk, aldus het Hof, dat de nationale rechter minstens beknopt uiteenzet waarom hij om uitlegging van bepaalde voorschriften verzoekt en dat hij aangeeft welk verband hij ziet tussen deze bepalingen en de in het hoofdgeding toepasselijke wettelijke regeling.²⁹ Daarop stelt het Hof vast dat de zevende vraag uitgaat van de premisse dat in het hoofdgeding aan Servatius staatssteun in de zin van artikel 87 lid 1 EG-Verdrag (thans: art. 107 lid 1 VWEU) wordt verleend. De verwijzingsbeslissing noch de opmerkingen van de partijen in het hoofdgeding bevatten volgens het Hof echter elementen op basis waarvan eventueel kan worden vastgesteld dat effectief een voordeel is toegekend in het kader van het project in Luik, dat overigens ook niet is uitgevoerd. Bovendien meent het Hof dat het hoofdgeding niet ziet op de voorwaarden waaronder dergelijke steun aan Servatius is of kan worden verleend maar om de betwisting van de wetmatigheid van de afwijzing van het verzoek om toestemming ingediend met het oog op de uitvoering van een woningbouwproject. De zevende vraag wordt daarom niet-ontvankelijk verklaard.

Analyse

Opnieuw niet-ontvankelijkheid dus. Ditmaal ook formeel. De motivering van het Hof maakt, ook opnieuw, geen overtuigende indruk. In de eerste plaats komt de klacht van het Hof over de formulering van de vraag als

ongegrond voor. De verwijzingsuitspraak was op dit punt helder. De Afdeling had duidelijk uiteengezet waarom de gestelde vragen van betekenis zijn voor de beslechting van het geschil. De omstandigheid dat Servatius in de procedure voor de Afdeling heeft betwist staatssteun te hebben genoten of te zullen genieten, of dat de Afdeling op dit concrete punt haar beslissing heeft aangehouden, lijkt de niet-ontvankelijkheid evenmin te kunnen rechtvaardigen. In beginsel moet een nationale rechter om uitleg van verdragsbepalingen kunnen verzoeken op basis van een hypothese, zolang de hypothese wordt toegelicht en blijkt hoe het Europese recht voor de hypothese relevant is.³⁰ Ten aanzien van de beweegredenen van het Hof zou naar de analyse van het antwoord op de vierde tot en met de zesde vraag kunnen worden verwezen. In dit verband dient te worden benadrukt dat tussen de zevende vraag en de drie voorafgaande vragen in de verwijzingsuitspraak een nauwer verband leek te bestaan dan bij lezing van het arrest van het Hof naar voren komt.

Wel is er een verschil dat daarin bestaat dat op de redenering achter de zevende vraag, zoals opgetuigd door de minister en uitgewerkt door de Afdeling, op het eerste gezicht het nodige valt af te dingen. In dit verband dient erop te worden gewezen dat het risico op staatssteun waarop Nederland een beroep doet, zich niet alleen kan voordoen in een grensoverschrijdend geval als het onderhavige, waarin de voorwaarde van artikel 87 lid 1 EG-Verdrag van beïnvloeding van de tussenstaatse handel manifest is vervuld, maar in beginsel ook in een nationale context. In het laatste geval is echter, anders dan in casu, voorafgaande goedkeuring van een investering van een toegelaten instelling door de minister niet vereist, in ieder geval niet indien die investering binnen het statutaire werkgebied wordt gedaan. Dit gegeven staat wellicht niet op voorhand in de weg aan de erkenning van het oogmerk om staatssteun te verhinderen als rechtvaardigingsgrond voor een beperking van het vrij verkeer van kapitaal, maar lijkt daarmee niet makkelijk te verenigen.

Dat geldt te meer daar het risico van staatssteun dat de minister meent te moeten bestrijden samenhangt met het feit dat Servatius, net als veel andere toegelaten instellingen in Nederland, sociale en commerciële activiteiten ontplooit zonder dat deze activiteiten juridisch of administratief zijn gescheiden. Bedacht moet worden dat Nederland op dit moment geen wetgeving kent, en ten tijde van het besluit op bezwaar van de minister ook niet kende, die tot het aanbrengen van een dergelijke scheiding verplicht.³¹ Daar komt op korte termijn echter verandering in omdat de Commissie deze verplichting heeft vastgelegd in een staatssteunbeschikking van 15 december 2009 over

28. HvJ EG 26 januari 1993, gevoegde zaken C-320/90-C-322/90, *Telemar-sicabruzzo e.a.*, Jur. 1993, p. 393, punt 6.

29. HvJ EG 7 juni 2005, gevoegde zaken C-543/03, C-11/04, C-12/04 en C-194/04, *ABNA e.a.*, Jur. 2005, p. I-10423, punt 46.

30. HvJ EG 26 januari 1993, gevoegde zaken C-320/90-C-322/90, *Telemar-sicabruzzo e.a.*, Jur. 1993, p. 393, punten 5 en 6. Zie ook K. Lenaerts en D. Arts, *Europees procesrecht*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 2003, p. 68.

31. *Kamerstukken II* 2005/06, 29453, nr. 30. In deze brief aan de Kamer van 12 december 2005 heeft de minister aangegeven dat woningcorporaties verplicht zouden worden om een administratieve, en mogelijk zelfs een juridische scheiding, door te voeren. De regering heeft, voor zover bekend, nooit aan dit plan gevolg gegeven.

de financiering van de sociale volkshuisvesting in Nederland.³²

Wat ook van de toekomstige ontwikkelingen zij, inherent aan het ontbreken van een duidelijke scheiding tussen sociale en administratieve activiteiten is het risico van (ongeoorloofde) kruissubsidiëring, en dus ongeoorloofde staatssteun. Nu het Nederlandse wettelijke regime een duidelijk staatssteunrisico in zich bergt, en Nederland de consequenties daarvan al lang aanvaardt, is onaannemelijk dat een voorafgaande goedkeuringsregeling voor buitenlandse activiteiten als evenredig kan worden aangemerkt voor zover de rechtvaardiging van de beperking van het kapitaalverkeer wordt gezocht in het voorkomen van staatssteun aan (buitenlandse) ondernemingen. Of dat nu in het kader van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag gebeurt of niet.

Het is mogelijk dat deze omstandigheden de niet-ontvankelijkheid van vraag zeven (nader) verklaren, maar zij lijken daarvoor geen rechtvaardiging te kunnen vormen.

Gevolgen arrest

Zoals gezegd, een schending van artikel 56 EG-Verdrag staat op grond van het arrest in de onderhavige zaak wel vast. Het is aan de Afdeling te beoordelen of de experimenteerregeling aan de evenredigheidseisen voldoet. Gezien de aanwijzing van het Hof op dat punt is de kans niet groot dat een beroep op de *rule of reason* wordt aanvaard. Gebeurt dat inderdaad niet, dan komt het in eerste instantie aan op beoordeling van het beroep op artikel 86 lid 2 EG-Verdrag. Nu de prejudiciële vragen hierover in feite onbeantwoord retour zijn gezonden, dient de Afdeling zelf tot uitlegging van de betreffende verdragsbepalingen over te gaan, dan wel opnieuw vragen voor te leggen aan het Hof. Mocht geen van beide opties tot enthousiasme leiden aan de zijde van de Afdeling, dan zal zij zich bij de afwikkeling van de zaak vermoedelijk niet haasten. De kans op een schikking in de zaak tussen de minister en Servatius is namelijk reëel in verband met de financiële en bestuurlijke problemen bij de toegelaten instelling. De minister bevindt zich in een tamelijk riante onderhandelingspositie en het lijkt hem wel toevertrouwd om die geheel ten eigen voordeel uit te buiten.

Indien het beroep van de minister wordt verworpen en het nieuwe besluit op bezwaar wordt vernietigd, zal de minister een nieuw besluit moeten nemen. Daarbij zal de minister *ex nunc* een oordeel moeten vellen over het verzoek van Servatius om het project in Luik te ontwikkelen. Het is niet per se zo dat die toestemming alsnog door de minister zal worden gegeven. Dat hangt af van het beleid dat ten tijde van het nieuwe besluit op bezwaar geldt. In dit verband mag worden verondersteld dat de minister, welke gevolgtrekkingen de Afdeling ook aan het arrest van het Hof mag verbinden, zijn eigen conclusies heeft getrok-

ken en werkt aan een nieuw beleid ten aanzien van de toepassing van de experimenteerregeling.³³ Het zou wellicht een idee zijn om het ‘buitenlandbeleid’ voor toegelaten instellingen geheel uit de sfeer van de experimenteerregeling in de zin van artikel 49 lid 1 BBSH te trekken en zelfstandige criteria te formuleren. In dit verband is in aanmerking te nemen de subtiliteit dat het Hof heeft geoordeeld op basis van de premisse dat er een Nederlandse regeling bestaat op grond waarvan voorafgaande toestemming voor buitenlandse activiteiten moet worden gevraagd. In werkelijkheid voorziet de betreffende regeling alleen in de goedkeuring voor de uitvoering van een experiment. Dat is niet hetzelfde omdat dit, alleen gezien de term ‘experiment’, een zekere mate van onzekerheid impliceert ten aanzien van de handhaving of duur van de goedkeuring. Dit is een aspect dat het Hof bij zijn beoordeling niet lijkt te hebben meegewogen.

Verder kunnen de meest recente ontwikkelingen op het terrein van staatssteun implicaties hebben voor het buitenlandbeleid voor toegelaten instellingen. Indien de door de Commissie gevorderde wetgeving op het vlak van transparantie³⁴ er werkelijk toe leidt dat iedere vorm van kruisbestuiving ten voordele van de commerciële activiteiten van toegelaten instellingen in beginsel is uitgesloten, zou dat gevolgen kunnen hebben voor de grip die de minister op de buitenlandse commerciële activiteiten van de instellingen houdt. Sterker nog, in dat geval zou, zoals hiervoor al is aangegeven, de vraag kunnen rijzen of de minister nog een beroep kan doen op het door het Hof in de onderhavige zaak erkende dwingend belang van het behoud van evenwichtige financiering van een stelsel van sociale huisvesting. Een beroep op artikel 86 lid 2 EG-Verdrag zal in dat geval voor een toegelaten instelling in beginsel ook geen uitkomst bieden. Niet valt uit te sluiten dat de toegelaten instellingen volledig vrij zullen zijn waar het commerciële projecten in het buitenland betreft.

Hoe dan ook, deze twee bijzondere aspecten buiten beschouwing latend, de minister zal objectieve en non-discriminatoire criteria moeten formuleren en die kenbaar maken. Het zal niet meevallen om op enige wijze te objectiveren wanneer een buitenlands project van een toegelaten instelling het belang van volkshuisvesting in Nederland dient. Parameters als locatie van het project, en in het bijzonder het aantal kilometers over de grens en het bestaan van geografische belemmeringen, alsmede de bestaande druk op de woningmarkt in het statutaire werkgebied, zouden daarbij kunnen worden betrokken.

32. *Kamerstukken II* 2009/10, 29453, nr. 143 en beschikking van de Commissie in zaken nr. E 2/2005 en nr. N 642/2009 betreffende bestaande en bijzondere steun aan woningcorporaties (<http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=3_E2_2005>).

33. Kamervragen (Aanhangsel) II, 2009/10, nr. 521. Op vragen van het Kamerlid Jansen heeft de minister laten weten dat het oordeel van het Hof en het uiteindelijke eindoordeel van de Afdeling bij de in voorbereiding zijnde nieuwe corporatieregelgeving (Woningwet) zal worden betrokken. Overigens is daarbij ook duidelijk te kennen gegeven dat uit het arrest van het Hof niet geconcludeerd mag worden dat bouwen in Luik of in het vergelijkbare situaties in het buitenland zou moeten worden toegestaan.

34. Beschikking van de Commissie van 15 december 2009, punt 43, met verwijzing naar Richtlijn 2006/111/EG van de Commissie van 16 november 2006 betreffende de doorzichtigheid in de financiële betrekkingen tussen de lidstaten en openbare bedrijven en de financiële doorzichtigheid binnen bepaalde ondernemingen, Pb. EG 2006, L 318/17.

Conclusie

De beantwoording door het Hof van de prejudiciële vragen van de Afdeling doorstaat, vanuit juridisch oogpunt, niet op alle punten de toets der kritiek. In het bijzonder de niet-ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen met betrekking tot de rol van artikel 86 lid 2 EG-Verdrag roept vragen op. Niet valt echter uit te sluiten dat de benadering van het Hof is ingegeven door de bijzondere omstandigheden van de voorgelegde casus.